

Ondernemingsrecht

Mw.mr. C.D.J. Bulten en mr. N. Lemmers (Van der Heijden Instituut KU Nijmegen)

PERIODE 1 OKTOBER – 31 DECEMBER 2002

REGELGEVING

Corporate Governance

Naast de aanbevelingen voor een 13^e richtlijn, waarover *Katern* 83, heeft de commissie Winter een tweede opdracht gekregen. De commissie onderzocht de mogelijkheid voor een Europees beleid inzake Corporate Governance. Het rapport A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe is te vinden op www.europe.eu.int. De commissie gaat in op verschillende bestuursstructuren, waaronder een *one tier* en een *two tier board*. In een *one tier board* (toegepast in Angelsaksische landen zoals het Verenigd Koninkrijk) hebben het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) gezamenlijk zitting. Nederland kent een *two tier board*. Het bestuur en de raad van commissarissen zijn twee verschillende, gescheiden organen. De commissie Winter onderzocht voorts of internet gebruikt kan worden als communicatiemiddel met aandeelhouders en of een elektronisch stemrecht mogelijk is. Een belangrijke conclusie is dat de EU niet moet streven naar een Europese Corporate Governance Code omdat het ondernemingsrecht in de verschillende lidstaten op belangrijke punten (nog) niet is geharmoniseerd. Het zou beter zijn als iedere lidstaat een eigen Code zouden ontwikkelen. In verband hiermee is in Nederland een nieuw rapport van de commissie Peters uitgebracht: Corporate Governance in Nederland 2002, De stand van zaken.

Staat als aandeelhouder

De afgelopen katernen is aandacht besteed aan de problemen rondom 'staatsdeelnemingen'. De Minister van Financiën heeft de Tweede Kamer in een brief laten weten dat het demissionaire kabinet het overleg over de Nota deelnemingenbeleid Rijksoverheid (*Kamerstukken II*, 28 165, nr. 4) doorgang wil laten vinden, nu het onderwerp niet controversieel is. In een volgende brief (nr. 5) reageert de minister op een vraag van Tweede Kamerlid Vendrik. Deze vroeg of de uitvoering van het beleid rond de overheidscommissaris niet had moeten wachten op de behandeling van het deelnemingenbeleid. Bij de overheidscommissaris is de verstrengeling van belangen het grootste pro-

bleem. Er kan een conflict ontstaan tussen het bedrijfsbelang en het publiek belang. Dat belangenconflict dient uit de weg te worden geruimd. De minister schrijft dat er gekozen is voor een afzonderlijke uitvoering.

Effectenrecht

Op het gebied van het effectenrecht en het toezicht op de financiële markten hebben de afgelopen maanden een aantal wetsvoorstellen en kamerstukken de revue gepasseerd:

- Het wetsvoorstel over de hervorming van het toezicht op de financiële sector (*Kamerstukken II*, 28 122, nr. 8 en 9) houdt de gemoederen nog immer bezig, zie ook *Katern* 83 en 84. Bij de behandeling van het wetsvoorstel hebben kamerleden vragen gesteld over de mate waarin de toezichthouders onafhankelijk zijn (nr. 8). Zij merken op dat de integriteit van de financiële markt en het vertrouwen van consumenten in deze markten zwaar wegen. De minister is het met hen eens en zal er tijdens de tweede fase extra aandacht aan schenken. De tweede fase gaat over de implementatie, de architectuur en inhoud van de wet, de bewaking van de consistentie en de inzichtelijkheid in de regelgeving.
- De wetgever is voornemens de financiële toezichtwetten te actualiseren en te harmoniseren. Het gewijzigd voorstel van wet (*Kamerstukken I*, 28 373, nr. 17) gaf de vaste commissie van Financiën van de Eerste Kamer geen aanleiding tot het geven van opmerkingen (nr. 17a). Inmiddels is het wetsvoorstel op 12 november 2002 'zonder slag of stoot' ofwel zonder beraadslaging en stemming, aangenomen.
- De Europese Unie tracht met twee Richtlijnen (2000/12/EG en 2000/64/EG) te bevorderen dat de financiële toezichthouders van de lidstaten onderling informatie kunnen uitwisselen. Met de wet van 11 december 2002 heeft de Nederlandse wetgever uitvoering gegeven aan deze richtlijnen. De wet (*Stb.* 2002, 654) treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Personenvennootschappen

Op 24 december 2002 is het (langverwachte) wetsvoorstel over de personenvennootschappen ingediend (*Kamerstukken II*, nr. 28 746, nr. 1-2). Een nieuwe titel 7.13 BW zal ter vervanging strekken van de artikelen over de *maatschap* (art. 7A:1655 tot en met 7A:1688 BW), de *vennootschap onder firma* en de *commanditaire vennootschap* (vof en cv, art. 15 tot en met 34 WvK). De ratio van dit wetsvoorstel is gelegen in de (te) oude regelingen over de drie vennootschappen. Het ver-

schil met een BV of een NV is dat het wetsvoorstel ziet op een vennootschap die wordt gevormd door 'een overeenkomst tot samenwerking' (art. 7:800 BW). Tot zover niets nieuws, dit geldt ook nu voor de maatschap, de vof en de cv, zie artikel 7A:1655 BW. Volgens de MvT (nr. 3) is de meest in het oog springende vernieuwing de mogelijkheid dat de vennoten kunnen kiezen voor een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid. De vennootschap als rechtspersoon is dan gerechtigd tot het vennootschappelijk vermogen. De rechtspersoonlijkheid van de vennootschap leidt echter niet tot beperking van de aansprakelijkheid van de vennoten. Naast de rechtspersoonlijkheid is ook de mogelijkheid de maatschap, vof of cv voort te zetten nieuw, vergelijk artikel 7A:1683 BW en artikel 7:817 BW(nieuw).

RECHTSPRAAK

Procesbevoegdheid van (buitenlandse) vennootschap, einde werkelijke zetel?

Op 5 november 2002 heeft het HvJEG een belangrijke prejudiciële beslissing gegeven over de procesbevoegdheid van (buitenlandse) vennootschappen (zaak C-208/00, te vinden op www.curia.eu.int). Een Nederlandse vennootschap, Überseering BV, staat ingeschreven in het handelsregister in Nederland en heeft twee Duitse aandeelhouders. In 1996 vordert zij ruim een miljoen DM van een Duitse vennootschap omdat deze een schilderopdracht niet netjes genoeg heeft uitgevoerd. De Duitse rechter overweegt echter dat Überseering niet procesbekwaam is. Naar Duits recht brengt rechtsbevoegdheid procesbekwaamheid met zich, en hangt de *rechtsbevoegdheid* van een vennootschap af van haar *rechtspersoonlijkheid*. In Duitsland kent men hiervoor de leer van de werkelijke zetel: waar ligt de werkelijke zetel of waar zetelt het bestuur? Het tegenovergestelde is de leer van statutaire zetel: in welk land is de statutaire zetel van de vennootschap gevestigd? Nederland hanteert het stelsel van de statutaire zetel, zie artikel 2 Wet conflictenrecht corporaties (WCC). Nu haar aandeelhouders Duits zijn is de (werkelijke) zetel van Überseering verplaatst van Nederland naar Duitsland. Hiermee verliest zij haar rechtspersoonlijkheid en kan zij dus niet in rechte optreden. Überseering stapt naar het Bundesgerichtshof (vergelijkbaar met de Hoge Raad) en het Bundesgerichtshof Wendt zich tot het HvJEG.

Het Hof oordeelt dat de weigering van de Duitse instanties de rechtspersoonlijkheid en procesbekwaamheid te erkennen, een beperking van de in het EG-Verdrag verankerde vrijheid van vestiging (art. 43 en 48 EG), inhoudt. Het Hof

vervolgt dat wanneer een vennootschap die haar statutaire zetel in lidstaat A heeft en de vrijheid van vestiging in lidstaat B uitoefent, lidstaat B de rechtsbevoegdheid en de hiermee samenhangende procesbevoegdheid die de vennootschap aan het recht van de staat van oprichting (lidstaat A) ontleent, moet erkennen. De rechtspersoonlijkheid en procesbekwaamheid van een buitenlandse EG-vennootschap moet dus door de lidstaat van vestiging worden erkend. Na deze Überseering-beslissing lijken de lidstaten die de leer van de werkelijke zetel hanteren (onder meer België, Frankrijk, Luxemburg en Duitsland) aan het kortste eind te trekken. Saillant detail is nog dat de Duitse rechter in een andere procedure Überseering heeft veroordeeld tot vereffening van architectenhonoraria. Blijkbaar was Überseering als gedaagde wél procesbekwaam. Zie voor een bespreking van deze prejudiciële beslissing J.N. Schutte-Veenstra in *Ondernemingsrecht* 2002-16/17, pp. 528-532.

Enquêterecht; uitbreiding onderzoeksperiode, 'boodschappendebâcle'

In *Katern* 84 werd geschreven over het door de Ondernemingskamer (OK) bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Laurus. Er werd afgesloten met de woorden: wordt 'ongetwijfeld' vervolgd. En dit is ook het geval. Op verzoek van Albada Jelgersma beslist de OK op 25 oktober 2002 dat de onderzoeksperiode moet worden uitgebreid (ARO 2002/164). De initiële einddatum, de datum van de eerste beschikking van de OK, is eigenlijk willekeurig gekozen. Bepaalde gebeurtenissen, waaronder de belangrijke AVA, vallen zo buiten de onderzoeksperiode. Dit kan niet de bedoeling zijn. De OK laat vervolgens de keus aan de onderzoekers, zij mogen bepalen wanneer de te onderzoeken periode wordt afgesloten. Inmiddels is het ruim 100 pagina's tellende verslag van de onderzoekers eind december overeenkomstig artikel 2:353 BW ter griffie neergelegd en ter inzage voor eenieder.

Enquêterecht, aansprakelijkheidsverzekering van OK-commissaris

Het lijkt of de familievennootschap Zwagerman Beheer BV niet zonder de beschikkingen van de OK en de Hoge Raad kan. Ook de laatste beschikking van de HR is weer van belang voor de ontwikkelingen in het enquêterecht (HR 4 oktober 2002, ARO 2002, 160). De Hoge Raad herhaalt dat een commissaris bij een gewone vennootschap niet de bevoegdheden kan krijgen van een commissaris uit de structuurregeling. Dit is in strijd met het recht. Eerder bepaalde hij dit in een andere Zwagerman-beschikking (HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296). De OK zal in het vervolg dus precies moeten aangeven welke bevoegdheden een

door haar benoemde commissaris zullen toekomen. Tevens moest de Hoge Raad een oordeel vellen over de aansprakelijkheidsverzekering, gesloten ten behoeve van de door de OK benoemde commissaris. Leden van de Zwagerman-familie hadden namelijk gedreigd deze commissaris aansprakelijk te stellen. Hierop heeft OK bepaald (29 november 2001, *JOR* 2002, 7) dat de verzekeringspremies moesten worden betaald door de vennootschap. De HR zegt dat de OK zo klaarblijkelijk de gevolgen van de door haar getroffen voorziening op de voet van artikel 2:357 lid 2 BW heeft geregeld. Hiertoe is de OK bevoegd. Of een dergelijke verzekering nodig is kan alleen de OK die als rechter over de feiten oordeelt inschatten. Een verzekering ontslaat de commissaris natuurlijk niet van de verplichting zijn taak zorgvuldig en naar behoren uit te voeren. De vraag die rijst is of door de OK benoemde commissarissen niet altijd een aansprakelijkheidsverzekering ten laste van de vennootschap moeten kunnen afsluiten. En wat houdt dit in voor de positie van onderzoekers? Zie voor de andere aspecten van deze beschikking Gerard van Solinge in *Ondernemingsrecht* 2002-16/17, pp. 526-527.

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW

De eerste zin van artikel 2:9 BW verplicht de bestuurder zijn bestuurstaak behoorlijk te vervullen. Indien hij dit nalaat kan hij aansprakelijk worden gesteld. Vereist is dan wel dat hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt, aldus de Hoge Raad in het arrest Staleman/van de Ven (HR 19 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma). Of van een ernstig verwijt sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien een bestuurder zelf feiten en omstandigheden aanvoert die zouden kunnen aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, dan moet de rechter volgens de Hoge Raad deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel betrekken (HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 195). Wat was er gebeurd? Een bestuurder van een NV heeft aan een derde partij een optierecht verleend om aandelen in een deelneming te kopen tegen een vooraf vastgestelde prijs. De optie wordt uitgeoefend, maar de aandelen worden kort hierna doorverkocht tegen een veel hogere prijs. De vennootschap vordert dan van de bestuurder schadevergoeding, laatstgenoemde heeft zijn taak onbehoorlijk vervuld. Hij wist dat de optieprijs te laag was en heeft bovendien verzuimd de statutair vereiste goedkeuring van de RvC te vragen. Het Hof volgde deze redenering en slaat geen acht op de woorden van de bestuurder. Deze had onder meer aangevoerd dat het in de praktijk niet gebruikelijk was om de RvC toestemming te vra-

gen en dat de RvC ook helemaal geen interesse heeft in dergelijke onderwerpen. De Hoge Raad neemt echter geen genoegen met de overwegingen van het Hof. Het Hof had de feiten en omstandigheden die de bestuurder aanvoerde in haar oordeel moeten meewegen. Er volgt cassatie.

Ontbinding (artikel 2:19 BW)

In een strafrechtzaak oordeelde de Hoge Raad dat het beginsel dat met de dood van een verdachte het recht tot strafvordering vervalt (art. 69 Sr), ook voor ontbonden rechtspersonen geldt (HR 24 september 2002, *NJB* 2002/39, pp. 1957-1958). Wordt de strafvervolg ingesteld voordat het voor derden kenbaar is (bijvoorbeeld door publicatie in het handelsregister) dat de rechtspersoon ontbonden is, dan vervalt het recht tot strafvordering van het OM niet. Is de vennootschap echter ontbonden, is dit kenbaar voor derden en wordt dan pas vanwege het OM actie ondernomen, dan vervalt het vervolgingsrecht.

Inbreng in natura, accountantsverklaring en waarderingsmethoden

Een voorbeeld van een 'Enron in het klein' is het arrest X/Arts q.q. (HR 6 december 2002, *RvdW* 2002, 202). De register-accountant had een verklaring als bedoeld in artikel 2:204a lid 2 BW (inbreng anders dan in geld bij oprichting) afgelegd. Zijn verklaring zag op de inbreng van aandelen van een inmiddels failliete vennootschap. Toen de opgerichte BV ook failliet ging, vorderde haar curator schadevergoeding van de register-accountant omdat de waarde van de inbreng op de aandelen minder was dan het bedrag van de stortingsplicht en de register-accountant de waarde van de ingebrachte aandelen veel te hoog had ingeschat. De Hoge Raad oordeelt dat artikel 2:204a BW en de vereiste verklaring van de register-accountant ervoor zorgen dat de waarde van de inbreng in natura niet wordt 'opgeblazen'. Vervolgens mag de register-accountant geen rekening houden met goederen waar zijn verklaring niet op ziet. In casu had hij dat wel (stilzwijgend) gedaan. Hij had de waarde van bepaalde goederen meegeteld maar deze goederen niet in de beschrijving opgenomen. Een dergelijke verklaring voldoet dus niet aan de maatstaf van de Hoge Raad.

LITERATUUR

Het tijdschrift *Stichting en Vereniging* zal voortaan door het leven gaan als *Tijdschrift voor Stichting, Vereniging en Vennootschap (SV&V)*. Belangstellenden kunnen een gratis proefabonnement aanvragen.

Verder verschenen:

- B.M. van Beek e.a., *Lustrumbundel 2002 Vereniging voor Effectenrecht, Een bewezen bestaansrecht*, Serie vanwege Van der Heijden Instituut, deel 71, Kluwer, Deventer 2002 (met een keur aan scriptie-onderwerpen);
- T.P. van Duren, *De joint venture vennootschap. Een persoonsgebonden kapitaalvennootschap*, eerste druk, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002;
- C.M. Forstinger, *Takeover law in EU and the USA, European monographs*, deel 41, Kluwer Law International, Den Haag 2002;
- C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht*, oratie, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002;
- J.J.A. Hamers, J. Israël en L.P.W. van Vliet, *Inleiding personenvennootschappen*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2002;
- S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en recht, deel 24, Kluwer, Deventer 2002. 